

후유장해를 둘러싼 민사책임의 쟁점들

-대법원 2008.3.27. 선고 2007다76290 판결을 중심으로-

김 천 수*

- I. 서 설
- II. 사건·재판의 경과 및 간략한 검토
 - 1. 사건 및 재판의 경과
 - 2. 제1심판결
 - 3. 원심판결
 - 4. 대법원판결
 - 5. 환송후 원심판결
 - 6. 환송후 대법원판결
- III. 쟁점별 검토
 - 1. 후유장해와 합병증
 - 2. 후유장해의 발생과 진료과오책임
 - 3. 후유장해의 발생에 기여한 기왕증의 고려
 - 4. 후유장해와 설명해태책임
 - 5. 설명의무이행의 증명
- IV. 결 어

I. 서 설

어떤 행위가 이루어지고 그와 밀접하게 관련된 손상이 발생하면 그 행위에 손상의 원인이 있음은 비교적 쉽게 인정되는 것 같다. 하지만 의료행위의 경우에 그로 말미암아 발생한 손상, 즉 후유장해는 반드시 그렇지 않은

* 논문접수: 2009. 07. 12. * 심사개시: 2009. 11. 10. * 게재확정: 2009. 12. 10.

* 성균관대 법학전문대학원 교수, 법학박사

것 같다. 이에 의료과오의 문제를 후유장해를 중심으로 하여 논의하기로 하며, 이를 대법원 2008.3.27. 선고 2007다76290 판결의 사실관계와 판결 내용을 가지고 위 분석을 시도하기로 한다. 크게 보면 세 쟁점이 있는데, 후유장해와 진료과실 판단기준의 관계, 후유장해에 기왕증이 기여한 경우의 손해배상액 감액의 문제, 후유장해에 대한 설명해태의 책임 등이다.

첫째 쟁점을 개괄적으로 본다. 불법행위책임은 가해행위와 유책성 및 위법성이라는 세 요건으로 성립되며, 가해행위는 행위와 손해 그리고 양자 사이의 조건적 인과관계로 구성된다. 의료행위라는 작위가 있었고 후유장해라는 손해가 발생하였고 의료행위가 없었다면 후유장해는 없었을 것이라는 조건적 인과관계는 성립한다. 가해행위가 존재하는 것이다. 그럼에도 불구하고 원고가 유책성의 증명에 실패하거나 유책성이 인정되어도 피고가 위법성 조각사유의 존재를 증명하면 의료행위자 즉 가해행위자에게 책임이 귀속되지 않고, 환자는 손해를 감수해야 한다.¹⁾ 채무불이행책임의 구조도 비슷하다. 먼저 후유장해가 있으면 채무의 내용에 적합한 이행을 하지 아니한 것인지의 판단이 필요하며, 원고가 채무내용 적합성이 부정되는 결과임을 증명하여도 피고가 유책성 부존재 또는 위법성 조각사유의 존재를 증명하면 역시 환자는 손해를 감수해야 한다. 문제는 후자 즉 채무불이행책임의 구조를 의료행위에 적용하면 소위 진료채무의 수단채무성이란 특수성으로 증명책임의 귀속이 불법행위책임과 마찬가지로는 점이 거의 의심의 없이 받아들여져 왔다.²⁾ 이에 대한 재검토가 필요하다. 둘째로, 위 대법원 판결의 원심판결을 보면 기왕증에 의한 배상액 감경이 인정되었는데, 이것이 손해배상책임의 어느 단계에서 어떠한 법리로 고려되어야 하는지 논의

1) 불법행위책임의 요건체계에 대하여 이상과 같은 사건은 김천수, “기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가 불법행위책임에 미치는 영향”, 『성균관법학』, 제16권 제3호, 2004, 제41면 이하 등에서 밝힌 바 있다.

2) 이에 대한 반론으로 김천수, “의료과오책임의 이론과 판례”, 『사회과학연구』, 제6집 제2호, 대구대학교 사회과학연구소, 1999, 제65면 이하; 김천수, “진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행-대법원 1999.9.3. 선고, 99다10479 판결-”, 『의료법학』, 창간호, 2000, 제302면 등 참조.

가 필요하다. 끝으로 특히 환송 후 원심판결에는 설명 해태와 관련하여 검토할 부분이 많이 있다.

II. 사건·재판의 경과 및 간략한 검토

1. 사건 및 재판의 경과

각 심급이 모두 인정한 사실 및 관련 민사소송 및 형사 고소의 경과는 이렇다. 원고 1이 피고병원의 산부인과 전문의 피고 2로부터 ‘복강경하 질식 자궁적출술 및 양측 부속기 절제술’(이 사건 수술)을 권유 받고 승낙하였고, 수술 착수 후 관찰 결과 원고 1이 골반유착증 상태에 있음이 확인되었으며, 2003년 7월 3일 이 사건 수술을 받은 뒤 원고 1의 좌측 요관이 터지는 손상을 입고 이틀 뒤인 2003년 7월 5일 ‘요관 단단문합술(斷端吻合術)³⁾’을 받았다.

이 상황에서 2003년 7월 29일 원고 1은 피고 2를 업무상과실치상 혐의로 고소하였지만 이를 취하하였고, 2003년 10월 13일 검사는 ‘피의사실은 인정되나 동종전과가 없고 과실범에 불과하며 피해자가 고소를 취하한 점 등을 참작한다’는 이유로 기소유예 처분을 하였다.

한편 원고 1은 증상이 악화되어 2003년 12월 24일 ‘요관 절개 후 인조요관 삽입술’을 받았고, 증상이 계속 악화되어 2004년 7월 7일 ‘좌측 신장 제거술’을 받았다.

이에 2004년 원고들은 피고병원과 피고 2를 상대로 손해배상청구 소송을 제기하였지만, 2005년 11월 29일 제1심판결에서 원고청구가 모두 기각되었다. 이에 원고들은 이듬해인 2006년 항소하였고, 2007년 10월 10일 항소심은 원고들 주장을 모두 받아들여 손해배상청구액의 일부를 인용하고

3) “요관 협착의 증상이 심할 경우 협착 부위를 절개하고 그 단면을 문합(단절된 혈관 또는 신경을 연결하는 것)하여 오줌 누출이 발생하지 않도록 잘 봉합하고 요관 내부에 도뇨관을 적절히 삽입하는 방법으로 시행하는 수술이다.” 제1심 판결문에서 인용.

제1심 재판을 취소하였다.

그러자 2007년 피고들은 상고하였고, 2008년 3월 27일 대법원은 원심판결을 파기 환송하였다. 그런데 이 상고심 재판이 진행 중인 2008년 1월경 원고 1은 '피고 2가 이 사건 수술을 시행하는 과정에서 요구되는 설명의무를 제대로 이행하지 아니하였다'는 점을 주요한 사유로 삼아 피고 2를 업무상 과실치상 혐의로 다시 고소하였는데, 검사는 2008년 6월 27일 다시 기소유에 처분을 하였다.

대법원의 위 파기환송에 따라, 2008년 9월 18일 환송후 원심은 환송 전 원심판결이 인정한 진료과실을 부인하고 설명해태책임만 인정하는 판결을 하였다. 이에 원고들과 피고들이 각각 상고를 하였지만 2008년 12월 24일 대법원이 상고를 모두 기각함으로써, 이 사건 수술 후 5년여 만에 이 사건 재판은 피고 측에 설명해태에 따른 위자료지급의 책임만 인정되는 것으로 종결되었다.

2. 제1심판결(대전지방법원 2005.11.29. 선고 2004가단47793 판결)

가. 법원의 판단

원고 1, 원고 1의 배우자 및 자녀 둘은 피고병원과 피고 2를 상대로 이 사건 수술상의 진료과오 및 이 사건 수술의 후유장해의 진단 지연상 진료과오를 이유로 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였지만, 제1심은 원고들의 모든 청구를 기각하였다.

1) 우선, 이 사건 수술 과정에서 발생한 요관 손상이 직접적 절단에 의한 것이라는 원고 측 주장을 증거불충분으로 배척하였다.

2) 그리고 요관 손상에 대한 의료상 과실을 부정하였으며, 그 근거로는 다음과 같다. 해부학상 요관과 자궁이 근접하여 요관 손상의 합병증이 발생할 가능성이 있다는 점, 이 합병증의 발생빈도가 낮지 않다는 점, 합병증 발생가능성에 대한 설명을 하고 수술에 대한 동의를 받았다는 점, 이 사건

수술 당시 이미 원고 1은 심각한 골반유착증상이 있었다는 점 등이다.

3) 후유장해 진단의 지연에 대한 과실도 부정하였다.

나. 검토

제1심 판결에서는 증거취사의 문제로 원고들 주장을 모두 배척하였다. 불법행위법의 측면에서 위 1) 및 2)를 구분하여 판단한 이유가 무엇인지 의문이다. 그리고 위 2)에서 의료상 과실을 부인한 논거 가운데 설명하고 동의를 받았다는 사실이 포함된 것은 의문이다. 한편 법원이 특별하게 증거의 취사 내지 제시 없이 설명하였음을 인정한 것으로 보아 설명해태책임이 크게 다투어지지 않은 것 같다.

한편 후유장해와 합병증의 용어를 정리할 필요가 있다. 합병증의 개념에 대하여 제1심판결은 “숙련된 시술자가 통상의 진료상 주의의무를 다하더라도 수술 과정에 수반하여 불가피하게 발생할 수 있는 각종 위험”이라고 정의한다. 이 점에 대하여 상세한 논의는 후술한다.

3. 원심판결(대전고등법원 2007.10.10. 선고 2006나768 판결)

원고 1이 피고 2로부터 자궁 내에 물혹이 있다는 진단을 받고 물혹제거 수술을 시행하자는 권유를 받았는데, 이 당시 피고 2가 위 수술도중 요관협착이나 요관손상이 될 수 있다는 점을 설명하지 않았다는 사실을, 제1심과는 달리, 원심은 인정하였다. 한편 원심은 피고 2가 이 사건 수술 과정에서 좌측 요관을 손상하였다고 보았으며⁴⁾, 피고 2의 손상행위에 과실이 있음

4) 원심은 요관손상과 수술 사이 인과관계를 인정하였다. 즉 “...에 의하면 아래의 요관 단단문합술을 시행한 비뇨기과장 소외 1은 요관 단단문합술을 시행하기 위하여 회복하여 보니 요관 자체가 이미 손상되어 있었는데, 산부인과에서 수술을 하다가 손상된 것이라는 소견이었고, 위 단단문합술을 소외 1과 같이 시행한 원광대학병원 비뇨기과장 소외 2는 제1심 법원의 사실조회에 대하여 위 복강경 수술 중에 요관이 절단되었을 가능성이 높다고 회신하고 있으며, ...에 의하면 피고 2 스스로 위 복강경 수술 중에 요관이 손상되었을 것이라고 진술하고 있으므로, 피고 2가 위 복강경 수술도중 요관을 손상한 것으로 인정된다”는 것이다.

을 인정하였다.⁵⁾ 그런데 당시 원고 1이 이 사건 수술 당시 이미 자궁내막증으로 인하여 다른 조직과 요관이 심하게 유착된 상태였음을 인정하고, 이 사실이 요관손상의 한 원인을 제공하였다고 하여, 피고들의 책임을 70%만 인정하였다.

그리하여 일실수익, 향후치료비, 성형외과 치료비 등 원고 1의 재산상 손해 합계액의 70%를 인정하였고 원고들 모두에게 위자료를 인정하였다.

우선 원고들의 위자료를 인정함에 있어서 그 근거 규정이 무엇인지 그리고 증명책임이 어떻게 되는지에 대한 검토가 필요하다. 원고 1의 경우에는 민법 제390조나 제750조에 기초한 것이라 보이고, 신체적 법익의 침해에서 통상의 정신적 고통이 인정되어 그에 따라 판단하면 될 것이나, 배우자 및 자녀의 위자료는 민법 제750조에 의한 것인지 아니면 민법 제752조의 유추적용에 의한 것인지 의문이다. 원심은 “원고들의 나이, 관계, 이 사건 사고의 경위와 결과, 쌍방의 과실정도 등 이 사건 변론에 나타난 여러 사정”이라는 참작 사유를 밝히고 있을 뿐이다.

한편 원심판결은 설명해태를 인정하면서도 이를 손해배상에 반영하지 않았다. 원고 측이 주장하지 않았기 때문인지, 아니면 후유장애로 인한 재산상·정신상 손해 배상을 인정하였으므로 설명해태의 손해는 전보된 것으로 본 것인지 의문이다.⁶⁾

4. 대법원판결(대법원 2008.3.27. 선고 2007다76290 판결)

대법원은 원심판결을 파기 환송하였다. 그 이유는 의사의 과실이 인정되

5) 원심 판결 가운데 진료과실을 인정한 부분: “피고 2는 이 사건 제1차 수술 당시 자궁 내물혹제거 과정에서 발생할 수 있는 요관 등의 손상을 유발하지 않도록 숙련된 전문의로서 고도의 주의를 기울여야 함에도 이를 게을리 한 채 무리하게 시술한 결과 자궁 종괴 등을 제거하면서 그와 아무 관련이 없는 좌측 요관을 손상시킨 잘못이 있고, ...”

6) 이 논문의 발표와 토론 과정에서 이렇게 판결하는 것이 보통이라는 설명이 있었다. 하지만 발생한 손해가 각각 다른 보호법익의 침해로 발생한 것이라면 손해배상액의 산정에서 이중배상이 아니라면 이를 별도로 고려해야 하지 않을까 생각된다.

려면 후유장해가 일반적인 합병증의 범위를 벗어난 것이어야 하는데, 그에 대한 심리를 하지 아니하였다는 것이다.

즉 “의료행위에 의하여 후유장해가 발생한 경우, 그 후유장해가 당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하는 때에도 당해 의료행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있는 것이거나 또는 그 합병증으로 인하여 2차적으로 발생될 수 있는 것이라면 의료행위의 내용이나 시술 과정, 합병증의 발생 부위, 정도 및 당시의 의료수준과 담당의료진의 숙련도 등을 종합하여 볼 때에 그 증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 있는 사정이 없는 한, 그 후유장해가 발생되었다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실이 있었다고 추정할 수 없”는데, “원심은 이를 심리하지 아니한 채, 위 피고는 숙련된 전문의로서 요관손상이 발생하지 않도록 할 고도의 주의의무가 있다는 이유로 막연히 위 원고에게 요관손상이 발생한 사실만으로 위 피고의 과실을 인정”한 것은 “의사의 주의의무 또는 합병증이 문제될 수 있는 의료사고에 있어서의 과실 인정에 대한 각 법리를 오해하여 그 의료상 과실에 관한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있”다는 것이다.

5. 환송 후 원심판결(대전고등법원 2008.9.18. 선고 2008나3488 판결)

가. 법원의 판단

1) 환송 후 원심판결은 이 사건 수술에서 피고 2에게 진료과실이 있다는 원고 측 주장을 배척하였다. 그 근거는 제1심판결과 근거를 거의 같다. 즉 해부학상 요관과 자궁이 근접하여 요관 손상의 합병증이 발생할 가능성이 있다는 점, 이 합병증의 발생빈도가 낮지 않다는 점, 이 사건 수술 당시 이미 원고 1은 심각한 골반유착증상이 있었다는 점 등이다. 하지만 합병증 발생가능성에 대한 설명을 하고 수술에 대한 동의를 받았다는 점을 제1심과는 달리 배척의 근거에서 제외시켰다.

2) 그리고 이 사건 수술 후 경과 관찰 과정에서 피고 2에게 과실 있다는 원고 측 주장을 배척하였다.

3) 그런데 환송 후 원심판결은 설명의무 위반의 여부에 대하여 제1심과 달리 그 일부의 위반을 인정한다. 먼저 유의할 것은 제1심 판결문에서 없었던 원고들 주장이 등장한다. 즉 이 판결에서 결여를 주장한 설명 대상으로 합병증과 다른 수술방법이 실시되는데, 후자에 대한 언급인 이 판결에서 처음 등장한다. 환송 후 원심은 양자 모두에 대하여 유효한⁷⁾ 설명이 없었다고 보았다. 하지만 눈에 띄는 것은 제1심 판결이 인정한 전자의 설명에 대하여도 환송 후 원심판결은 이를 부정하였다. 후자, 즉 이 사건 수술 외의 다른 치료방법 특히 복식·질식 자궁적출술에 대한 설명이 없었다고 하였다.

4) 피고 측 설명해태책임의 범위에 대하여, 환송 후 원심판결은 선택기회의 상실 및 자기결정권 침해에 따른 위자료 배상책임만을 인정하였다. 두 가지 근거를 제시하고 있는바, 우선 다른 치료방법을 선택하였어도 원고 1의 골반유착증의 상태가 심각하여 이 사건 요관 손상이 발생하였을 가능성이 높다는 점, 이 사건 수술의 장점이 많아서 다른 수술방법을 선택하였을 가능성이 낮다는 점 등이다.

나. 검토

위 1)에서, 환송 후 원심판결이 '설명하고 동의 받았다는 사실'을 피고 2의 진료과실 부정의 근거에서 제외하였는데, 이는 그 사실 자체를 부인한 환송 후 원심의 입장에서는 당연하다. 하지만 그러한 사실이 인정된다고 하여도 진료과실의 부정근거로 삼을 수 없음은 제1심판결에 대한 검토에서 전술한 바와 같다.

7) 가령 간호사가 설명하였다는 피고 측 주장에 대하여 환송 후 원심판결은 그 존부를 떠나 설명의 주체가 아니라고 하여 그 주장을 배척하고 있으며, 이는 타당하다.

위 3)에서 설명이 없었음을 인정한 근거와 증명책임의 귀속에 대한 논의, 그리고 위 4)에서 다른 치료방법의 선택가능성과 이 사건 요관 손상의 불가피성에 대하여는 후술한다.

6. 환송 후 대법원판결(대법원 2008.12.24. 선고 2008다75041 판결)

원고들 및 피고들이 각각 상고를 하였는데, 대법원은 이들 주장이 「상고심 절차에 관한 특례법」 제4조에 해당한다고 하여 상고를 모두 기각하였다.

III. 쟁점별 검토

1. 후유장해와 합병증

의학사전에서는 합병증(complication)을 “1. 어떤 병의 경과 중에 계속 해서 일어나는 하나 또는 그 이상의 다른 질병. 2. 동일한 환자에게 볼 수 있는 둘 또는 그 이상의 질병”이라 정의하는데, 여기에서는 의료과실의 존부와 무관하게 정의되어 있다고 하겠다.⁸⁾ 하지만 이 사건의 제1심판결은 합병증을, “숙련된 시술자가 통상의 진료 상 주의의무를 다하더라도 수술 과정에 수반하여 불가피하게 발생할 수 있는 각종 위험(危險)”이라고 정의한다. 그런데 이 판결에서는 또 “일반적 합병증”이란 용어를 사용하여 발생한 후유장해가 그 범위 내의 것인지 여부에 따라 의료상 과실의 유무를 판단한다. 합병증 개념을 이와 같이 정의한다면, “일반적”이란 수식어는 사족이 된다.

한편 후유증(permanent lesion)과 후유장해는 혼용되는 모습도 있다. 후유증은 “질병 초기의 급성 증상이 없어진 뒤에 오래 지속되는 비(非)진행성 기능장애”로 정의되기도 한다.⁹⁾ 후유증은 치료 종료 후 오래 지속적으

8) 이병희 대표감수, 『의학대사전』, 수문사, 1990, 제1177면 참조.

로 남는 증상을 의미하고 신체 내지 노동의 기능에 장애 내지 장해가 있다는 점에서 후유장애 내지 후유장해라고 할 수도 있겠다.¹⁰⁾

이상과 같이 “합병증 및 후유증”¹¹⁾은 별개의 개념으로 사용된다. 이 사건의 제1심판결의 정의를 따르면, 후유장해는 과실 유무와 무관한 가치중립적인 용어이며, 과실 없이 발생한 후유장해라면 합병증이 된다고 하겠다.

대법원은 합병증의 개념을 제1심판결과 같이 사용한다고 볼 수 없다. 즉 “당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하는 때에도 당해 의료행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있는 것”이라는 표현에서, 합병증이 제1심판결이 말하는 그러한 의미라면 “당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하는 때에도 … 나타날 수 있는 것”의 부분은 사족이 된다. 이는 대법원의 다른 판결에서도 나타난다.¹²⁾

생각건대, 의학용어로서의 후유장해나 합병증은 둘 다 법률적 판단을 위한 진료과실과 무관한 용어라 하겠다. 후유장해는 i) 글자 그대로 치료 종료 뒤에 남아 있는 것이고, ii) 그 내용은 신체적 혹은 노동적 기능의 장애이며, iii) 이는 비교적 지속적인 것이다. 합병증은 질병 내지 그 치료의 진행 중 나타나는 것이라는 점에서 위 i)과 다르며, 나타난 증상을 의미하는 것이어서 일정한 증상의 결과인 기능장애를 의미하는 후유장해의 의미 ii)와 다르며, 원래의 질병과 유관하지만 비교적 독립적인 증상이고, 후유장

9) “병 자체가 아직 진행 중인 경우의 변형이나 기능장애는 증상이라고 하며, 후유증과 구별된다. 병적 현상은 정지했지만 병적 상태가 남아 있는 불완전 치유일 때는 형태적 또는 기능적 결합이 남아 여러 가지 장애가 나타난다. 뇌출혈은 뇌동맥의 출혈에 의해, 뇌혈전이나 뇌색전은 뇌동맥의 폐색에 의해 뇌실질(腦實質)이 파괴되는 병으로, 치료 후에도 뇌실질의 파괴에 의한 신경기능의 탈락으로 운동장애나 언어장애를 후유증으로 남긴다. 그밖에 교통사고 등에 의한 외상(外傷), 두부(頭部) 외상 후에 나타나는 외상성 간질(癇疾), 급성 일산화탄소 중독으로 의식장애가 장시간에 이른 경우 나타나는 건망증후군(健忘症候群)이나 다양한 신경정신 증상, 화상을 입은 후의 피부의 반흔이나 유착 등의 후유증이 있다. 후유증은 본래의 병의 치료방법에 따라 경감될 수 있으며 예방이 무척 중요하고, 후유증이 고착되면 치료가 매우 어렵다.” Daum 백과사전 참조.

10) 대한정형외과학회, 『장해판정기준-정형외과학 분야』, 제1판, 2005, 제13면 이하 참조.

11) 대법원 2001.3.23. 선고 99다48221 판결

12) 대법원 2000.7.7. 선고 99다66328 판결, “…심장수술 과정에서의 잘못 이외의 합병증 …”의 표현이 그러하다.

해 특징 iii)과 달리 합병증은 지속적인 것에 한정되는 용어는 아니라고 하겠다. 이 논문에서는 두 용어를 이와 같이 사용하기로 한다.

이와 같이 정의하는 것과 달리, 제1심 판결은 합병증을 “위험”으로 보았고, 그 원인이 수술이란 진료행위로 보았다. 이는 의학용어로서의 종래 개념, 어느 질병과 관련하여 발생한 증상이라는 개념과 본질적으로 다른 것이다. 추후 이에 대한 판례상의 용례를 좀 더 검토하여 정리할 필요가 있다.

2. 후유장해의 발생과 진료과오책임

이 사건에서 진료과오와 관련 있는 손해를 먼저 살펴본다. 이를 위하여, 합병증과 후유장해에 해당하는 사실들을 정리한다. 이 사건 수술에서 원고 1은 좌측 요관이 손상되어 요관 단단문합술과 인공요관삽입술을 거쳐 결국 좌측 신장까지 절제했다. 여기서 합병증은 이들 요관 관련 시술 및 신장절제술 시행의 ‘원인 증상’일 것이며, 후유장해는 각 시술로 인하여 감소된 ‘신체적 기능 저하’일 것이다. 이 사건 수술로 인하여 합병증이 발생하였고, 그 이후 합병증 치료를 위한 각 시술이 이어져서 현재의 원고 1의 신체적 기능 저하라는 손해가 발생한 것이다. 이 손해의 항목에는 일실회의, 치료비 등의 재산상 손해와 그로 인한 정신적 고통 등이 포함된다.¹³⁾

이러한 손해를 원고 1이 감수해야 하는가 아니면 피고 측에 전가할 수 있는가 여부의 문제는 아래에서 두 책임의 법리를 구분하여 논의하기로 한다.

가. 불법행위책임에 관한 논의

이원적 인과관계론¹⁴⁾ 및 규범목적설의 입장에서 불법행위책임의 문제를 검토한다.¹⁵⁾ i) [가해행위] 먼저 위 손해의 원인이 됨직한 행위가 무엇인지

13) 이 점은 환송전 원심판결에서 제시된 바와 같다.

14) 인과관계를 책임성립의 요건과 책임범위의 확정 두 단계로 나누어 논의하는 입장이다.

15) 불법행위책임의 요건을 가해행위, 유책성, 위법성이라는 세 요건으로 분류하여 논의하는 사건은 전주 1 참조.

탐구되어야 할 것이고, 각 절제술 시행의 원인증상인 합병증이 이 사건 수술을 원인으로 하는 것인가의 판단을 해야 한다. ii) [유책성] 그리고 이 조건적 인과관계가 긍정되면 합병증을 야기한 수술행위에 진료과실이 있는지가 쟁점이 될 것이다. iii) [위법성] 진료과실이 인정되고 위법성이 조각되지 않으면, iv) [책임범위] 이 사건 수술 행위가 야기한 합병증의 결과인 '신체적 기능 저하'라는 후유장해는 신체적 법익침해이며, 그 실현된 손해의 각 항목의 통상손해와 특별손해는 민법 제393조에 따라 배상책임의 범위에 포함될 것이다. 위 i, ii, iii은 책임요건의 문제이고 iv는 책임범위의 문제이다.

먼저 행위·손해·인과관계로 구성되는 가해행위에서 행위 요소를 분석한다. 이 사건에서 원고 1의 신체에 가해진 행위로는 대체로 이 사건 수술 행위, 요관 단단문합술, 인공요관 삽입술, 신장절제술 등이 있으며, 이들 행위는 일견 독립 별개의 행위이다. 하지만 이 사건 수술 행위가 조건이 되는 행위들은 이 사건 수술 행위와 일체의 행위로 보아도 될 것이다. 제1심 판결의 사실 인정으로 본다면 “요관 손상 후 좌측하부 요관 협착 악화에 의한 수신증”이란 합병증으로 이 사건 수술행위를 최종 상태의 결과, 즉 요관 및 신장의 신체적 기능 저하라는 손해에 대한 원인행위로 보아도 될 것이다. 즉 요관 관련 시술과 신장절제술 등의 행위는 중간행위로서, 이들 행위 자체의 귀책사유나 위법성은 별개의 문제이다.¹⁶⁾ 여기서는 그러한 중간행위를 하게 한 원인행위이며 이는 합병증과 조건관계에 있는 행위이며 즉 이 사건 수술인 것이다. 다시 말하면 이 사건 수술이 없었다면 합병증은 발생하지 않았을 것이고 그러한 시술은 없었을 것이며 그러한 기능저하도 없었을 것이라는 논리의 연쇄가 인정된다. 기능저하라는 법익침해의 손해가 존재하며 이 사건 수술과 그 손해 사이에는 조건관계가 존재하므로 그 손해의 원인행위는 이 사건 수술이다. 이로써 일단 가해행위의 존재는 인정된다.

16) 이들 행위 고유의 유책성·위법성이 있는지는 불문한다.

다음, 유책성 요건 즉 진료과실 요건을 논의한다. 가해행위 즉 이 사건 수술에 있어서 피고 2에게 합병증 발생의 예견 및 회피의 가능성이 있었음이 증명되어야 한다. 이 점에 대하여 대법원이 진료과실의 추정과 관련하여 언급한 부분, “의료행위에 의하여 후유장해가 발생한 경우, 그 후유장해가 당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하는 때에도 당해 의료행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있는 것이거나 또는 그 합병증으로 인하여 2차적으로 발생될 수 있는 것이라면 의료행위의 내용이나 시술 과정, 합병증의 발생 부위, 정도 및 당시의 의료수준과 담당의료진의 숙련도 등을 종합하여 볼 때에 그 증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 있는 사정이 없는 한, 그 후유장해가 발생되었다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실이 있었다고 추정할 수 없다.”는 부분을 검토한다.¹⁷⁾ 기본적으로 이 언급은 진료과실에 대하여 특별하게 취한 태도는 아니고, 증명법의 일반론에서 말하는 추정의 법리에 따라 진료과오책임에서 유책성이란 요건 즉 진료과실을 추정할 수 있음을 전제로 한 것이라고 하겠다. 위 판결부분의 추정은 증명법상 간접사실로 본증의 부담을 덜어주기 위한 일반적인 방법의 하나라 하겠다. 다만 이는 후술할 계약책임과 관련하여 논의하기로 한다.

그런데 진료과실의 증명과 관련하여 종래 대법원이 다한증 환자에 대한 교감신경절제술 사건¹⁸⁾에서 실시한 문구는 이 사건 제1심 판결에서 다시

17) 이와 유사한 취지의 판시로 대법원 2003.11.27. 선고 2001다20127 판결 요지: 청신경 초종 제거술을 받은 환자에게 수술중의 감염으로 인한 뇌막염이 발생하였지만 집도의 사가 사고 당시 일반적인 의학수준에 비추어 볼 때 수술로 인한 감염을 막기 위하여 필요한 조치를 다하였다고 볼 여지가 있는 반면 환자는 위 감염으로 인한 뇌막염과는 무관하게 원인을 알 수 없는 뇌실내출혈 및 이와 병발한 수두증 등의 합병증으로 사망하였다면, 막연하게 망인에게 수술중의 감염으로 뇌막염이 발생하였다는 사실만 가지고 사망이라는 중한 결과에 대하여 집도의사에게 감염방지의무를 게을리 한 과실을 인정할 수 없다고 본 사례.

18) 대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결. 이는 판결 직후부터 최근까지도 거론되는 중요한 판결이라고 하겠다. 박사학위 논문 외에도 일반학술논문이 많이 있다. 발표 시기 순으로 보면, 김천수, “의사의 설명과오책임에 관한 국내 판례의 분석”, 『민사재판의 제문제(상)』(송천이시윤박사화갑기념논문집), 1995, 제494~522면; 석희태, “의료과실 판

등장한다. “환자 측은 적어도 일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 이외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 예컨대 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명하는 것으로 충분하다.” 이는 증명도의 완화라고 하겠다. 과실의 추정인가 과실 증명도의 완화가 여부가 병존할 수 없는 것은 아니겠다. 하지만 양자는 구분되어야 할 것이다. 추정된 과실의 존재를 번복하려면 추정의 간접사실에 대한 반증만으로 충분하지만, 증명도의 완화로 증명된 과실의 존재에 대한 번복은 증명된 과실을 부정하는 반대사실의 증명으로 비로소 가능할 것이다.¹⁹⁾

그리고 동 판결은 완화된 증명도로 증명하면 되는 대상인 진료과실의 선행개념 즉 의사의 주의의무를 역시 종래 판결에 따라 설정하는바, “의사의 주의의무위반이란 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용 등 모든 사정을 고려하여 최선의 주의를 기울여 치료를 실시하는 등 의료인이 진료행위를 함에 있어서 당시

단기준에 관한 학술·판례의 동향”, 『한국민법이론의 발전』(무암이영준박사화갑기념논문집 II 채권편), 1999, 제1109~1127면; 김민중, “의료분쟁 판례의 동향과 문제점”, 『의료법학』, 창간호, 2000, 제13~48면; 추호경, “의사의 설명의무위반과 손해배상책임”, 『법조』, 제50권 제7호, 2001, 제5~36면; 전병남, “의료소송에서의 입증책임의 완화”, 『의료법학』, 제2권 제2호, 2001, 제338~358면; 김선중, “의료행위의 단계별 과실유형과 판단 기준”, 『법조』, 제51권 제2호, 2002, 제34~74면; 범경철, “의료과오소송에 있어서의 입증책임”, 『의료법학』, 제3권 제1호, 2002, 제248~269면; 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 『저스티스』, 제77호, 2004, 제90~123면; 이경환, “의료과실소송에 있어서의 과실과 관련된 쟁점”, 『저스티스』, 제77호, 2004, 제124~144면; 김만오, “의료과오에 관한 판례의 동향”, 『민사법학』, 제27호, 2005, 제299~348면; 민유숙, “의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무”, 『대법원판례해설』, 제51호(2004 하반기, 2005. 6), 제279~305면 등이 있다.

19) 이 언급이, 대법원 2007.5.31. 선고 2005다41863 판결의 태도, “이 경우에도 일련의 의료행위 과정에 있어서 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실의 존재는 환자 측에서 입증하여야 하는 것이지 의사에게 무과실의 입증책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니다”와 배치되는 것이 아님은 물론이다. 즉 완화된 증명도로 성공한 환자 측의 증명 결과의 번복을 위하여 의사측은 반증을 해야 하는 것이지, 입증책임이 전환된 것이 아니기 때문이다.

의 의료수준²⁰⁾에 비추어 요구되어지는 진료상 주의의무를 다하지 않는 것을 의미하고, 이러한 주의의무의 판단기준은 ‘진료 당시의 임상의학의 실천에 의한 의료수준’에 의하여 결정된다.”고 한다. 이는 종래 법원이 사용하는 전형적인 문구이다.²¹⁾ 이는 의사에게 진료상 부과하는 주의의무도 역시 특정물인도채무자에게 부과하는 선관의무와 다를 바 없이, 평균인의 주의를 기준으로 한다는 것이다. “최선의 주의를 기울여야 한다는 부분에 대한 오해도 있는 것 같다. 이 역시 당해 의사의 객관적 징표로 범위가 결정되는 그 집단 구성 의사들 평균의 주의를 다한다는 것이며, 역시 추상적 과실의 전제가 되는 선관의무의 이행에 불과하다.

이 사건에서 원고 측이 위 대법원의 태도에 따라 피고 2의 진료과실, 즉 수술방법의 선택 상 과실이나 유착 확인 후에도 방법을 변경하지 아니한 과실을 증명하는 방법으로는 다음과 같은 것이 있다고 하겠다. 즉 ii) 이 사건 수술(복강경하 자궁적출술)을 시행하면 합병증이 발생할 가능성이 높았고, ii) 다른 치료방법(복식·질식 자궁적출술)에 의한다면 그 가능성이 현저히 떨어질 것이며, iii) 피고 2가 속하는 집단의 평균의사라면 이러한 사실을 알고 합병증 발생을 회피하기 위하여 다른 치료방법을 선택하였을 것임을 증명하되, iv) 일반인의 상식 수준에서 증명하는 것이다.

위법성 요건은 피고 측이 그 조각사유를 증명하라는 요건이다. 피고 측

20) 대법원 1998.7.24. 선고 98다12270 판결, “...통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준...”

21) 가령 대법원 1994.4.26. 선고 93다59304 판결, “의사는 의료와 보건지도에 종사하는 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활 확보에 기여함을 사명으로 하는 의료인으로서(의료법 제2조 제2항), 진찰 치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명 신체 건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 처치를 행하여야 할 주의의무가 있다고 할 것이다. 그러나 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 할 것이므로, 의사가 행한 의료행위가 그 당시의 위와 같은 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 그 의사에게 환자를 진료함에 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 볼 수 없는 것이다.”

으로서 조각사유로 생각해 볼 수 있는 것은, 가령 원고 1에게 위와 같은 사실을 설명했어도 원고 1이 복강경수술의 장점을 취하여 위 합병증 위험을 감수하겠다고 하였거나[위험의 인수] 그러한 위험을 인수하였을 가능성이 매우 높다는 점을 증명하는 것이다.

나. 계약책임에 관한 논의

원고 1과 진료계약을 체결한 피고병원은 진료채무를 부담하며 그 이행보조자²²⁾인 피고 2가 채무의 내용에 적합한 이행을 하였어야 한다. 원고 측으로서는 피고 측의 진료채무 이행이 '채무 내용에 적합하지 않았음'을 증명해야 한다.

흔히 진료채무는 수단채무이므로 그 채무내용적합성의 증명에는 결국 채무자 과실이 증명되지 않으면 안 되므로, 진료과오책임은 이를 불법행위로 구성하나 채무불이행으로 구성하나 과실 증명의 책임은 원고 측이 질 수밖에 없다고 한다.²³⁾

과연 반드시 그러해야 하는지 의문이다. 이에 대하여 반론을 제기한 바 있는 필자의 종래 견해는 이렇다. “특정 결과 발생을 목적으로 하지 않고 그를 위하여 최선을 다하는 것 자체를 목적으로 하는 수단채무의 경우에도, 통상 예견되는 일정 범위 내의 결과가 발생하면 내용 적합적 이행이 있던 것이 된다. … 통상의 진료채무의 경우에 … 그 판단기준을 ‘통상 예견이 가능한 결과의 범위’에 해당하는지의 여부에 구하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 이러한 관점에서 환자 측은 당해 이행 결과가 객관적으로 그 범위 밖임을 입증함으로써 일단 채무불이행 사실을 입증한 것으로 하고, 이에 대

22) 다른 병원 의사를 초빙하여 수술한 것이라면 이행대행자이겠으나, 피고 2는 피고병원의 피용자로서 시술한 것이므로 진료채무의 이행을 인수한 것이 아니라고 하겠다. 즉 피고 2는 민법 제392조의 '채무이행에 사용된 피용자'로서 이행보조자이다.

23) 이러한 견해는 오석락, 『입증책임론』, 초판 1977, 제5판 1986, 제156면, 각주 8에서 浜上則雄의 논문을 인용 및 지지하는 것을 필두로 하여 국내의 대다수 문헌이 이를 수용한다.

하여 의사 측이 채무이행시의 평균적 의학 수준에서 볼 때 주의의무를 다하였음을 입증하여 책임을 면할 수 있게 하”자는 입장이다.

이러한 시각에서 이 사건 대법원 판결에서 진료과실의 추정과 관련하여 언급한 부분을 이해할 수 있을 것이다. 즉 대법원은 “의료행위에 의하여 후유장해가 발생한 경우, … 그 증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 있는 사정”을 중시한다. 그리고 이러한 사정이 바로 위에서 필자의 견해와 같이 채무내용 적합성의 인정 여부의 판단기준에 해당하는 것으로 이해할 수 있겠다. 대법원은 이 기준을 적용할 대상으로 “그 후유장해가 당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하는 때에도 당해 의료행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있는 것이거나 또는 그 합병증으로 인하여 2차적으로 발생될 수 있는 것”에 한정하는데, 다시 말하면 그 후유장해가 진료과실로 말미암은 것이 분명하지 않은 경우에 적용하겠다는 것으로서 이는 당연한 제한이라 하겠다. 그 기준의 설정과 관련하여서는 “의료행위의 내용이나 시술 과정, 합병증의 발생 부위, 정도 및 당시의 의료수준과 담당 의료진의 숙련도 등을 종합하여 볼 때”라고 실시하는데, 당해 의료행위 시의 의료수준을 기준으로 한다는 점과 당해 의료진의 구체적 상황에서의 평균 의료진(a reasonable physician in the specific situation)을 기준으로 한다는 점 등은 추상적 과실의 전제인 주의의무에 설정되는 기준의 그것과 다를 바 없다.

이러한 판례의 태도는 소위 수단채무의 불완전이행으로 인한 계약책임에서 중요한 의의가 있다고 하겠다. 이 사건에서 원고 측이 피고 측에 계약책임을 물으려면 위 합병증이 동반된 이 사건 수술 결과가 ‘통상 예견이 가능한 결과의 범위’ 밖임을 증명하여 이행의 불완전성을 주장해야 할 것이고, 피고 측은 이 증명에 대한 반증을 하든지 아니면 그 합병증 발생에 진료과실이 없었음을 증명하여 민법 제390조 단서에 따른 면책을 주장하면 될 것이다.

3. 후유장애의 발생에 기여한 기왕증의 고려

이 사건의 경우처럼 원고 1의 기존의 상태 즉 골반유착증의 상태가 손해의 발생에 기여한 경우에, 이러한 기왕증 등 신체적 소인을 어떻게 손해배상책임론에서 반영할 것인지 여부에 대하여 긍정설과 부정설이 병존한다. 이에 대한 기존 국내외 논의에 대하여는 이미 발표한 논문²⁴⁾에서 소개한 바 있으며 해당부분을 전재하면 다음과 같다.

『부정설은 기왕증이 있더라도 위법행위가 없었다면 그 기왕증을 간직한 채 평균여명을 다하였을 것이라는 점을 논거로 한다.²⁵⁾ 판례와 다수설은 긍정설이다. 긍정설에는 인과관계 단계에서 고려한다는 입장, 즉 부분적 인과관계론에 입각한 견해²⁶⁾와 손해액 산정의 단계에서 고려하는 입장이 있는바, 이에는 판례와 마찬가지로 과실상계를 유추적용하는 견해²⁷⁾와 피해자의 사고 전 상태에 대한 평가에서 고려하지는 견해²⁸⁾, 그리고 민법 제765조를 활용하여 고려하지는 견해²⁹⁾가 있다.

부분적 인과관계론을 주장한 견해 가운데, “가해자의 가해행위와 피해자의 소인은 경합되어 있”고 “전체의 손해에 각각의 영향력을 가지고 있으며, 그 영향력

24) 김천수, “기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가 불법행위책임에 미치는 영향”, 『성균관법학』, 제16권 제3호, 2004, 제31면 이하.

25) 이보환, 『자동차사고손해배상소송』, 육법사, 1990, 제436면 이하. 하지만 이 견해도 항상 이를 배제하는 것은 아니며, 피해자 측의 원인이 과실에 준한다면 이를 고려해야 한다고 한다.

26) 김훈, “손해배상소송에 있어서의 비율적 인정”, 『재판자료』, 제26집, 1985, 제351면; 하윤수, 「원인경합에 있어서의 책임분할에 관한 연구」, 박사학위 논문, 동아대학교, 1993, 제191면 이하. 이 논문의 주장에 대하여는 별도의 단락에서 상세하게 검토한다. 한편, 박영호, “의료소송과 사실적 인과관계”, 『사법논집』, 제35집, 2002, 제290면은 일본 浜上則雄의 부분적 인과관계론에 호의를 표시하면서도 이와 달리 기왕증을 손해액의 산정에서 참작하면 된다고 한다.

27) 최진수, “기왕증 등 피해자의 소인에 따른 책임제한에 관하여”, 『실무논단』, 서울지방법원, 1998, 제173면.

28) 정태운, “기왕증·병적 소인의 기여도 문제”, 『판례월보』, 제241호, 1988, 제29~30면.

29) 오종근, “민법 제765조상의 배상액 경감청구”, 『비교사법』, 제4권 제1호, 1997, 제272~273면.

으로 나타나는 손해도 부분적으로”만 나타나므로 “부분적인 책임을 부담”한다는 것이다. 그래서 “부분적인 책임을 양적으로 파악하여 비율적으로 분할할 수 있다는 것”이다.³⁰⁾』

위에서 본 바와 같이 우리의 다수설은 고려의 단계는 불일치하지만 결국 기왕증으로 손해배상액이 감소됨은 공통적으로 인정하는 것이다.³¹⁾ 미국, 독일, 일본의 경우도 결론적으로 우리의 다수설과 유사한 입장에 있다.³²⁾ 판례는 배상액 산정의 단계에서 반영시킨다. 주요 판결을 보면 아래와 같다.

■ 대법원 1977.9.13. 선고 76다1877 판결: “사고를 유일한 원인으로 하여 피해자가 사망한 것이 아니고 피해자의 지병과 사고가 경합하여 피해자가 사망한 경우에 있어서는 그 사망으로 인한 전손해를 사고에만 인한 것으로 단정함은 불법행위책임으로서의 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 보아 부당한 것이라고 할 것이므로 이러한 경우에는 사고가 사망이라는 결과발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 기여도에 따라 그에 상응한 배상액을 가해자에게 부담시키는 것이 옳은 것이라고 할 것이다.”

■ 대법원 1980.10.14. 선고 80다1213 판결: “이 사건 사고로 인한 부상을 유일한 원인으로 하여 소외 망인이 사망한 것이 아니고 소외 망인의 지병과 이 사건 사고로 인한 부상이 경합하여 위 전○가 사망하였다면 그 사망으로 인한 전손해를 이 사건 사고로 인한 부상에만 인한 것으로 단정함은 불법행위 책임으로서의 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 부당한 것이라 할 것이므로 이와 같은 경우에는 사고로 인한 부상이라는 결과발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 그 정도에 따라 그에 상응한 배상액을 가해자에게 부담시키는 것이 타당하다 할 것이다.”

■ 대법원 1992.4.28. 선고 91다31517 판결: “이 사건과 같은 불법행위로 인한

30) 이 단락의 인용부호 내의 글은 하윤수, 전계논문, 제191면 이하의 내용이다.

31) 책임범위의 단계에서 논의되어도 결국 배상범위 축소가 배상액 축소로 가는 점은 동일하다.

32) 미국, 독일, 일본 등의 논의에 대하여는, 김천수, 전계논문, 제34~41면 등 참조.

손해배상청구사건에 있어서 피해자의 후유장해가 사고로 인한 부상을 유일한 원인으로 하는 것이 아니고 피해자의 지병과 사고로 인한 부상이 함께 경합하여 초래된 것이라면 그 후유장해로 인한 전손해를 당해 사고로 인한 부상에만 기인한 것으로 단정함은 불법행위책임에 있어서의 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 부당한 것이라 할 것이므로 이와 같은 경우에는 피해자의 전손해 중 기왕증이 기여한 정도에 상응한 손해액을 감한 나머지 손해액만을 가해자에게 부담시키는 것이 타당하다 할 것이다.”

■ 대법원 2002.7.12. 선고 2001다2068 판결: “사고로 인하여 이미 입은 수상부위의 손상 자체로 인하여 어느 정도 손해가 발생한 상태에서 이에 대한 치료를 담당하는 의료기관의 과실과 위 손상으로 인한 후유증이 경합하여 수상부위에 추가적인 병증이 발병함으로써 그 손해가 확대된 경우에는, 법원은 의료기관의 불법행위로 인한 손해배상액을 정함에 있어서 위 손상 자체의 손해에 대한 기여도를 참작하여야 함은 물론 위 손상이 추가적인 병증의 발병에 기여한 정도도 참작하여야 하는 것이 손해의 공평부담이라는 견지에서 타당하다 할 것이다.”

■ 대법원 2007.7.26. 선고 2005다64774 판결: “가해행위와 피해자 측의 요인이 경합하여 손해가 발생하거나 확대된 경우에는 그 피해자 측의 요인이 체질적인 소인 또는 질병의 위험도와 같이 피해자 측의 귀책사유와 무관한 것이라고 할지라도, 그 질환의 태양·정도 등에 비추어 가해자에게 손해의 전부를 배상하게 하는 것이 공평의 이념에 반하는 경우에는, 법원은 손해배상액을 정하면서 과실상계의 법리를 유추 적용하여 그 손해의 발생 또는 확대에 기여한 피해자 측의 요인을 참작할 수 있고, 불법행위로 인한 손해배상 청구사건에서 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속하는 사항이라 할 것인바 ...”

사건은 책임의 성립 및 책임의 범위 단계에서는 기왕증 중 신체적 소인이 고려되어서는 안 되고 손해배상액 산정에서 고려하되 과실상계의 법리

를 유추 적용하여서는 아니 되고, 차액설적 사고로서 현재의 상태와 ‘있는 그대로’(as he finds him)의 옛 상태의 비교에서 손해액이 산정된다고 하는 입장이다.³³⁾

유의할 것은 기왕증이 배상액 감정에 영향을 주기도 하지만, 이미 그 사실을 안 의사측은 진료 상 그 부분이 손해로 실현되지 않도록 더 주의했어야 하는 방향으로 기능하는 면도 있다는 사실이다. 즉 주의의무 기준 설정에 반영되는 측면이 있다. 그러한 상태의 환자 진료에 임한 평균의사의 주의가 요구되는 것이다.

4. 후유장해와 설명해태책임

원래 대법원은 치료방법의 선택을 진료과실의 범주에서 판단하였다. 즉 10여 년 전 대법원 판결³⁴⁾에서 “의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없을 것이다”라는 부분이 그것이다.³⁵⁾

하지만 치료방법 선택에 있어서는 의사의 재량권과 환자의 자기결정권이

33) 본인의 견해에 대한 자세한 논증은, 김천수, 전계논문, 제41~46면 참조.

34) 대법원 1992.5.12. 선고 91다23707 판결.

35) 이러한 사고방식의 원형은 형사사건에 관한 대법원 1984.6.12. 선고 82도3199 판결의 “의료과오사건에 있어서의 의사의 과실은 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 할 것이고, 특히 의사의 질병 진단의 결과에 과실이 없다고 인정하는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 터 잡은 자기의 전문적 지식 경험에 따라 결정하여야 할 것이고 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의 재량의 범위 내에 속하고 반드시 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라 할 수는 없는 것”에서 찾을 수 있다.

공존한다. 항상 의사가 재량으로 치료방법을 선택할 수 있는 것은 아님은 물론이다. 치료방법은 환자가 스스로 선택할 자기결정권의 대상이며 이에 대하여 의사는 설명을 할 의무가 있음을 부인하는 견해는 없을 것이다. 다만 설명하지 아니한 치료방법에 대하여 설명을 들었다면 환자가 이를 선택 하였을 경우에 이 설명해태에 따른 손해배상의 범위를 어떻게 획정할 것인가의 문제가 논의되어야 하는 것이다. 즉 자기결정권 침해로 인한 위자료 지급책임만 인정할 것인가 아니면 나아가서 신체적 법익 침해로 인한 손해 배상책임까지도 인정할 것인가의 문제는 설명의무의 보호법익의 확장에 관한 논의가 된다. 그 확장은 시술된 방법에 대한 가정적 거절 그리고 설명되지 않은 방법의 가정적 선택이라는 특별한 사정으로 이루어진다.³⁶⁾

현재 원고1의 골반유착증의 가능성 및 복강경수술의 요관 손상 위험 등을 설명했더라면 다른 치료방법인 개복수술을 선택하였을 가능성도 진지하게 검토되어야 한다. 긍정된다면, 선택기회 상실에 대한 위자료만이 아니라, 후유장해로 인한 재산상 정신상 손해의 배상책임도 인정될 수 있을 것

36) 그런데 최근에도 치료방법의 선택을 진료과실과 관련하여 논의하는 판결이 없는 것은 아니다. 가령, 대법원 2007.7.26. 선고 2005다64774 판결, “의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다(대법원 1992. 5. 12. 선고 91다23707 판결 참조).” 대법원 2008.3.27. 선고 2007다16519 판결, “의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다(대법원 1992. 5. 12. 선고 91다23707 판결 등 참조).” 형사사건의 예로는, 대법원 2008.8.11. 선고 2008도3090 판결, “의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결 등 참조).” 대법원 2008.3.27. 선고 2007다16519 판결과 달리 같은 날짜 선고된 본고 대법판결은 같은 오류를 범하지 않았다. 이 판결의 재판장이 앞 판결과 달리 박일환 대법관으로 그의 의료법학자다운 면모가 나타난 것이라 보아도 지나친 것은 아닐 것이다.

이며 결국 진료과실이 인정되는 것과 같은 범위의 책임이 인정될 것이다.

환송후 판결이 다른 치료방법의 선택가능성을 부정하였고 다른 치료방법을 선택하였더라도 이 사건 요관손상은 불가피하였다는 사실인정의 부분, “원고 1은 이 사건 수술 당시 자궁근종뿐만 아니라 자궁선근증, 자궁내막증 등으로 자궁과 직장, 자궁부속기, S상 결장, 골반저 등이 해부학적 구조가 변형되어 각각의 장기의 외연을 정확히 식별하기 어려울 정도의 심각한 골반 유착증상을 보이고 있었고 이러한 장기상태로 인하여 요관 손상이 발생한 것으로 봄이 상당한 점, 복강경을 이용한 수술은 다른 수술방식에 비하여 절개부위가 적고 흉터와 출혈이 적고 회복하는 데 시간이 적게 걸리며 통증이 적은 점 등과 같은 장점이 있어 원고 1이 다른 수술방식을 선택하였을 가능성이 비교적 낮다는 점 등을 인정할 수 있고” 부분에 대하여는 반론의 여지가 많다. 결국 요관손상이 원고 1의 골반유착증 때문이란 판단인데 과연 그러한지에 대한 공방이 변론과정에서 필요한 것이다.

5. 설명의무이행의 증명

대상판결에는 설명의무이행의 증명에 관한 언급이 있다. 이를 간단하게 살펴본다.

(1) 환송 후 원심판결은 설명의무의 증명책임이 의사 측에 있음을 적절하게 논증하였다. 즉 “이러한 설명의무는 침습적인 의료행위로 나아가는 과정에서 의사에게 필수적으로 요구되는 절차상의 조치로서, 그 의무의 중대성에 비추어 의사로서는 적어도 환자에게 설명한 내용을 문서화하여 이를 보존할 직무수행상의 필요가 있다고 보일 뿐 아니라, 응급의료에 관한 법률 제9조, 같은 법 시행규칙 제3조 및 [서식] 1에 의하면, 통상적인 의료행위에 비해 오히려 긴급을 요하는 응급의료의 경우에도 의료행위의 필요성, 의료행위의 내용, 의료행위의 위험성 등을 설명하고 이를 문서화한 서면에 동의를 받을 법적 의무가 의료종사자에게 부과되어 있는 점, 의사가 그러

한 문서에 의해 설명의무의 이행을 입증하기는 매우 용이한 반면 환자 측에서 설명의무가 이행되지 않았음을 입증하기는 성질상 극히 어려운 점 등에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 의사 측에 설명의무를 이행한 데 대한 증명 책임이 있다고 해석하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상 및 법체계의 통일적 해석의 요구에 부합한다.”라고 한 부분은 중전 판례³⁷⁾를 이어가고 있는 태도이다. 논거는 세 가지인데, 설명의무의 중대성, 응급의료 관련 법령의 태도, 증거 확보 가능성 등이며, 대체로 타당하다고 할 것이다.

(2) 환송 후 원심판결이 설명의무 이행을 부인한 부분 - “피고 2가 원고 1 및 2에게 이 사건 수술과 관련한 설명을 하였다는 취지의 을 제20호증의 1의 기재는 아래와 같은 점들에 비추어 믿기 어렵고, 그밖에 피고 2가 원고 1에게 복강경하 자궁적출술의 합병증이나 다른 치료방법, 특히 원고 이갑동이 치료방법을 선택할 수 있도록 원고 1이나 남편인 원고 2에게 복강경하 자궁적출술과 복식·질식 자궁적출술의 장·단점을 비교 설명한 사실을 인정할 증거가 없다. 오히려, 갑 제10호증의 11, 18의 각 기재에 의하면 피고 2는 스스로 원고 1이나 원고 2에게 위와 같은 점들에 대하여 설명을 하지 아니하였음을 인정하고 있을 뿐만 아니라, 수술과 관련한 설명 시 수술동의서 이면(裏面)에 수술부위나 장기(臟器)에 대한 도해(圖解)를 곁들여 설명사항을 메모하는 것이 흔하고, 실제로 이 사건 수술 후 시행된 요관 단단문합술에 대한 수술동의서(을 제8호증의 71)의 이면에도 이러한 설명사항이 기재되어 있는 반면, 이 사건 수술에 대한 수술동의서(갑 제10호증의 15에 첨부된 것)에는 이러한 설명의 흔적이 없는 점에 비추어, 피고 2는 이 사건 수술을 시행하기 이전에 원고 1 또는 2에게 합병증 등을 포함한 이 사건 수술의 장·단점과 대체적인 다른 수술 방법 등에 관하여 제대로 설명하지 않았다고 봄이 상당하다.” - 을 보면, 부인의 근거로 수술동의서 이면에 설명

37) 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5867 판결.

의 흔적이 없다는 점을 중시하였는데, 반대로 그 흔적의 존재가 설명의 명백한 증거가 될 수 없음에 유의해야 할 것이다.

IV. 결 어

이상에서 대상판결의 사실관계를 토대로 하여 기존의 대법원 판결들을 함께 정리하면서, 우선 합병증과 후유증의 용어를 좀 더 상세하게 살펴보았으며, 불법행위책임의 법리를 의료분쟁에 적용함에 있어서 체계적으로 접근하는 논의를 전개하였고, 계약책임과 관련하여서는 수단채무론의 문제를 다시 지적하였으며, 세부적 쟁점으로 환자의 기왕증이 의사의 책임에 미치는 영향을 언급하였고, 합병증과 그로 인한 후유장해를 가져온 치료방법과 그 대체방법에 대한 설명해태의 책임 등을 논급하였다.

대상판결의 경우에 평균의 의사(a reasonable physician)라면 수술방법을 복강경수술에서 개복술로 변경하여 요도절단의 위험을 감경 내지 회피하려고 하였을 것인지 여부에 대하여 원고 측은 보다 명료하고 강하게 주장하였을 필요가 있었다. 그렇다면 의사의 진료과오책임이 인정될 수도 있는 사건이었지만, 설명해태로 인한 소액의 위자료로 끝난 것이라고 하겠다.

주제어 : 계약책임, 불법행위책임, 설명의무, 진료과오, 합병증, 후유증, 기왕증, 신체적 소인

[참 고 문 헌]

- 김 훈, “손해배상소송에 있어서의 비율적 인정”, 『재판자료』, 제26집, 1985.
- 김만오, “의료과오에 관한 판례의 동향”, 『민사법학』, 제27호, 2005.
- 김민중, “의료분쟁 판례의 동향과 문제점”, 『의료법학』, 창간호, 2000.
- 김선중, “의료행위의 단계별 과실유형과 판단기준”, 『법조』, 제51권 제2호, 2002.
- 김천수, “의료과오책임의 이론과 판례”, 『사회과학연구』, 제6집 제2호, 대구대학교 사회과학연구소, 1999.
- _____, “기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가 불법행위책임에 미치는 영향”, 『성균관법학』, 제16권 제3호, 2004.
- _____, “의사의 설명과오책임에 관한 국내 판례의 분석”, 『민사재판의 제문제(상)』(송천이시윤박사화갑기념논문집), 1995.
- _____, “진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행-대법원 1999.9.3. 선고, 99다10479 판결-”, 『의료법학』, 창간호, 2000.
- 민유숙, “의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무”, 『대법원판례해설』, 제51호, 2004 하반기, 2005. 6.
- 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 『저스티스』, 제77호, 한국법학원, 2004.
- _____, “의료소송과 사실적 인과관계”, 『사법논집』, 제35집, 2002.
- 범경철, “의료과오소송에 있어서의 입증책임”, 『의료법학』, 제3권 제1호, 2002.
- 석희태, “의료과실 판단기준에 관한 학설·판례의 동향”, 『한국민법이론의 발전』(무암이영준박사화갑기념논문집 II 채권편), 1999.
- 오석락, 『입증책임론』, 일신사, 초판 1977, 제5판 1986.
- 오종근, “민법 제765조상의 배상액 경감청구”, 『비교사법』, 제4권 제1호, 1997.
- 이경환, “의료과실소송에 있어서의 과실과 관련된 쟁점”, 『저스티스』, 제77호, 한국법학원, 2004.
- 이병희 대표감수, 『의학대사전』, 수문사, 1990.
- 이보환, 『자동차사고손해배상소송』, 육법사, 1990.
- 전병남, “의료소송에서의 입증책임의 완화”, 『의료법학』, 제2권 제2호, 2001.
- 정태윤, “기왕증·병적 소인의 기여도 문제”, 『판례월보』, 제241호, 1988.

최진수, “기왕증 등 피해자의 소인에 따른 책임제한에 관하여”, 『실무논단』, 서울지방법원, 1998.

추호경, “의사의 설명의무위반과 손해배상책임”, 『법조』, 제50권 제7호, 2001.

하윤수, 「원인경합에 있어서의 책임분할에 관한 연구」, 박사학위 논문, 동아대학교, 1993.

대한정형외과학회, 『장해판정기준-정형외과학 분야-』, 제1판, 2005.

Patient's Permanent Lesion and Physician's Medical Malpractice

Cheon Soo Kim, Prof., Ph.D. in Law

Sungkyunkwan Law School

=ABSTRACT=

In this paper, the Judgment 2007DA76290 of the Korean Supreme Court was analysed in two points of the legal theory and litigation. The judgment arouses some issues of medical malpractice liability. They includes the concept of the complications and permanent lesion and the difference between them, some problems in a judge's applying the requirements for the physician's tort liability to the medical malpractice situations, the theory of obligation de moyens related with the burden of proof of the negligent conduct for a physician's liability for misperformance of contract, the influence of a patient's physical conditions on the physician's liability, the breach of duty to disclose in selecting the safer one of the treatment methods bringing about the complications or leaving the permanent lesion and so on. In the situations of the case referred to above, the plaintiff should have tried to establish that a reasonable physician in the specific situation of the case would have substituted the safer method of treatment for the method in the case. If the plaintiff had succeeded in establishing it, he or she could have recovered even the physical harm resulting from the permanent lesion brought about by the complications of the specific treatment in the case. The plaintiff failed to do so and recovered only the emotional distress which the patient suffered owing to the physician's breach of the duty to disclose. Therefore the legal malpractice of the counsel might be found in this case.

Keywords : Breach of Contract, Tort Liability, Duty to Disclose, Medical Malpractice, Complications, Permanent Lesion, Physical Conditions